

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.916 du 14 juin 2013

G./A.208.898/VI-19.981

En cause : **la société anonyme SERVITEX,**

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège,

contre :

**l'association intercommunale sous forme de société
coopérative à responsabilité limitée VIVALIA,**

ayant élu domicile chez
Mes Olivier LOUPPE et
Jean LAURENT, avocats,
rue Defacqz, n° 78,
1060 Bruxelles.

Requérante en intervention :

**la société anonyme STERIMA-VANGUARD TEXTILE
VILLERS-LE-BOUILLET,**

ayant élu domicile chez
Me Neil BRAECKEVELT, avocat,
avenue Louise, n° 99,
1050 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 22 mai 2013, la société anonyme SERVITEX sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision prise le 26 mars 2013 par le conseil d'administration de VIVALIA, attribuant à la société [anonyme STERIMA VANGUARD TEXTILE VILLERS-LE-BOUILLET] le marché public relatif à la location entretien de vêtements de travail et linge plat des différentes institutions (lot 1) et de la décision implicite de ne pas lui attribuer ce marché".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 24 mai 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 7 juin 2013 à 10 heures 30.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

La société anonyme STERIMA-VANGUARD TEXTILE VILLERS-LE-BOUILLET a, par une requête introduite le 6 juin 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Jean LAURENT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Danijela VULETIC, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Tels que les a exposés la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être décrits comme suit:

- " 1. - Par avis de marché publié au Bulletin des adjudications du 5 septembre 2012 et au supplément du Journal Officiel de l'Union européenne du 7 septembre 2012, l'intercommunale s.c.r.l. VIVALIA a lancé un appel à la concurrence pour le marché public de services relatifs à la location entretien de vêtements de travail et linge plat de ses différentes entités.

Le marché est divisé en trois lots, dont le lot 1, intitulé «location entretien du linge plat des différentes institutions de Vivalia».

Le mode d'attribution du marché est l'appel d'offres général.

2. - Le 11 septembre 2012, SERVITEX fait connaître son intérêt pour le marché et demande à recevoir le cahier spécial des charges.

Selon l'article 5 du cahier spécial des charges, les critères d'attributions sont le prix, pour 40 %, et la valeur technique pour 60 %.

L'article 3 litt. c) précise que le marché est un marché à bordereau de prix au sens de l'article 86 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics. VIVALIA demande en outre que le soumissionnaire propose un prix de reprise du linge dont elle est propriétaire, ce prix venant en déduction du prix des services proposés (article 3, litt. c, in fine).

Le critère «valeur technique» comporte les indications suivantes :

«(avis des utilisateurs) comprenant la qualité du service et hygiène, sécurité de l'approvisionnement, logistique, traçabilité, aide à la gestion, modèle organisationnel ...».

3. - Le 19 octobre 2012, VIVALIA adresse à SERVITEX une lettre contenant diverses informations complémentaires concernant, notamment, la reprise du linge et confirme que la valeur de reprise doit s'exprimer sous forme d'un prix unitaire.

4. - SERVITEX a introduit sa soumission par lettre du 9 novembre 2012.

Conformément au prescrit du cahier spécial des charges, SERVITEX présente des prix unitaires pour chaque service demandé dans les différentes annexes. Sur le bordereau récapitulatif, l'offre de SERVITEX précise que «Sur base du point 2.1. § 2 des clauses techniques, les inventaires ont été réalisés sur base de la codification des annexes 2 du Cahier spécial des charges (pages 37, 57, 69, 80, 93)».

De même, le prix de reprise du linge est exprimé tel que demandé, sous forme d'un prix unitaire.

5. - Par lettre du 8 février 2013, VIVALIA s'adresse, par recommandé, à SERVITEX pour fournir certaines précisions :

«Dans le cadre du marché susmentionné et afin de préciser le coût total de ce marché, pourriez-vous compléter le tableau annexé sur base des prix remis. Le coût total annuel comprendra tous les coûts facturables (sacs, porte-sacs, location de vêtements ...)

Au niveau du lot «vêtement de travail» le nombre de vêtements mis en circulation sera basé sur 4000 personnes.

Etant donné que le début du contrat n'a pas pris cours au 01 janvier 2013, la date de fin de ce marché prévue dans le cahier des charges au 31/12/2016 sera également postposée (48 mois après le début du contrat)».

Le 13 février 2013, SERVITEX complète le tableau annexé à un e-mail du même jour adressé à VIVALIA. Ce tableau se présente sous forme d'un récapitulatif au kilo sur une base annuelle. Elle précise immédiatement que «le prix au kg location/entretien est présenté afin d'aider à l'analyse. Il est bien entendu que la facturation se fera à la pièce livrée sur base des prix et poids spécifiques confirmés pages 50 à 53 de notre soumission du 08/11/2012».

Sur base de la simulation demandée, un prix annuel est renseigné pour le lot 1.

6. - Une note est rédigée le 8 février 2013 par Mesdames Henrotin, Batter, Maréchal, Pierson, M'Fouck, de Monsieur Rock et du groupe de travail composé des économats des services de lingerie de VIVALIA. Cette note, qui apprécie le critère «valeur technique», classe SERVITEX en première position.

Une «Note au conseil d'administration», datée du 26 mars 2013 et signée par le Directeur des achats et investissements de Vivalia, analyse les différentes soumissions qui ont été remises.

Cette note précise que l'analyse des soumissions «a été réalisées sur base des consommations annoncées dans le cahier des charges».

Pour le lot 1, la note classe SERVITEX en première position pour le critère «valeur technique» (60 points). Le prix attribué à SERVITEX est de 4.586.124,91 € pour l'offre de base, ce qui conduit l'auteur de la note à lui attribuer 33,68 points pour le critère «prix».

La société VANGARD STERIMA ayant obtenu, respectivement, 55 points et 40 points est classée première. L'auteur de la note propose dès lors que le marché lui soit attribué.

7. - Lors de sa délibération du 26 mars 2013, le conseil d'administration de VIVALIA décide d'attribuer le marché (lot 1) à VANGUARD STERIMA et de ne pas retenir l'offre de SERVITEX. Il s'agit des actes [attaqués]".

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 6 juin 2013, la société anonyme STERIMA-VANGUARD TEXTILE VILLERS-LE-BOUILLET demande à intervenir dans la procédure en référé.

Il appartient à une personne morale qui décide d'introduire une requête au Conseil d'Etat d'établir, dès l'introduction de sa requête, qu'elle agit par des personnes physiques dont la désignation est régulière et dont les pouvoirs sont opposables aux tiers et que la décision d'agir en justice a été régulièrement prise par ses organes.

En l'espèce, l'article 21 des statuts de la société anonyme STERIMA-VANGUARD TEXTILE VILLERS-LE-BOUILLET, annexés à sa requête en intervention, est libellé comme suit :

" Article 21 : Représentation de la société dans les actes et en justice.
La société est valablement représentée dans tous les actes et en justice, soit par le conseil d'administration, soit par un administrateur délégué agissant seul.
Elle est en outre valablement engagée par des mandataires spéciaux dans les limites de leurs mandats."

Il n'apparaît pas que la décision d'agir annexée à la requête en intervention aurait été prise par le conseil d'administration de la société, ou par un administrateur délégué, comme le requiert cependant l'article 21 de ses statuts. Cette décision a été prise "Pour la SA Sterima-Vanguard Textile Villers-le-Bouillet, MD Advice bvba, vertegenwoordigd door Mia Decaestecker", société dont il ne ressort pas, à la lecture de l'extrait du procès verbal de l'assemblée générale du 3 janvier

2011, publié aux annexes du moniteur belge du 20 mai 2011, qu'elle aurait la qualité d'administrateur délégué.

Il s'ensuit que la requête en intervention doit être déclarée irrecevable.

V. RECEVABILITE DE LA DEMANDE DE SUSPENSION QUANT A L'OBJET

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, ipso facto, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation "des articles 89 et 110 § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics; de l'article 3, litt. a), in fine, des clauses administratives du cahier spécial des charges imposant à chaque soumissionnaire de remettre un prix unitaire relatif à la reprise du linge". Ce moyen est formulé comme suit :

- " 11. - Selon l'article 3 litt. a) in fine des clauses administratives du cahier spécial des charges, le prix inclut la valeur de reprise du linge des différentes institutions selon les modalités décrites comme suit : «Chaque soumissionnaire propose un coût

unitaire relatif à la reprise du linge plat et des vêtements de travail de chaque institution. Ce coût sera déduit du coût général du marché».

S'agissant d'un élément permettant de déterminer le coût du marché, cette clause est un élément essentiel du marché au sens de l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité. Par ailleurs, seule l'expression d'un coût unitaire par tous les soumissionnaires permet, sur ce point, la comparabilité des offres.

12. - Le 19 octobre 2012, VIVALIA adresse à SERVITEX une lettre contenant diverses informations complémentaires, dont une concernant la reprise du linge :

«Coût unitaire relatif à la reprise du linge plat et des vêtements de travail de chaque institution. Ce coût sera déduit du coût général du marché. Ceci aussi bien pour le linge plat que pour les vêtements professionnels.

P.U. vêtements de travail

P.U. linge plat tel drap, taie, ...

Nous calculerons le coût total quand l'inventaire exact sera connu au moment de l'attribution».

Se conformant au prescrit du cahier spécial des charges, et des indications complémentaires fournies par cette lettre, SERVITEX a inclut dans son offre un prix de reprise unitaire pour chaque type de linge plat.

13. - Le rapport du groupe de travail composé par les infirmières, hygiénistes, coordinateurs, économes et du service de lingerie de la partie adverse, commente comme suit l'offre de VANGUARD STERIMA «reprise du linge 0,50€/kg».

14. - En déclarant régulière l'offre de VANGUARD STERIMA, proposant un prix de reprise au kilo de linge, alors que le cahier spécial des charges exigeait un prix unitaire, la partie adverse a méconnu les articles 89 et 110 § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, ainsi que l'article 3, litt. a) in fine des clauses administratives de son cahier spécial des charges.

15. - Le premier moyen est sérieux."

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " 1. En sa délibération du 7 mai 2013, le conseil d'administration de Vivalia a attribué les trois lots en se référant au rapport technique de Mesdames Henrotin, Batter, Maréchal, Pierson, M'Fouck et de Monsieur Rock et du groupe de travail composé des économes, des services de lingerie de Vivalia.

La décision se réfère également au rapport d'adjudication présenté au conseil d'administration en date du 12 mars 2013.

2. Le rapport au conseil d'administration qualifié de rapport d'adjudication est signé par Monsieur Guillaume, directeur des achats et investissements. Quant au lot n° 1, le rapport indique :

«La société Servitex est retenue techniquement. Les divers articles proposés rencontrent un avis positif du groupe présent lors de la journée de présentation. Un dialogue permettant une économie d'utilisation du linge.

La proposition de la firme Sterima Vanguard propose également une gamme étendue du linge disponible. Le classement en deuxième position de cette firme s'explique au niveau de la présentation des couettes, couvre-lit, et linge plat pour la maternité.

...»

Quant au prix, le pouvoir adjudicataire analyse tant le prix au regard de l'offre de base relatif à la livraison à un seul endroit à chaque institution que la variante obligatoire relative à une livraison dans les unités de soins.

Quant à l'offre de base, la société Vanguard propose un prix de 3.861.320,92 € alors que la société Servitex propose un prix de 4.586.124,91 €.

Il en résulte que pour l'offre de base la société Servitex obtient 60 points sur 60 pour l'aspect technique et 38,68 points pour le prix soit, 93,68 points au total alors que la société Vanguard obtient 55 points pour l'aspect technique et 40 points pour le prix, soit 95 points pour l'ensemble.

Quant à la variante obligatoire, la société Servitex obtient 60 points sur 60 pour l'aspect technique et 21,50 points pour le prix alors que la société Vanguard obtient 55 points pour l'aspect technique et 38,27 points pour le prix.

C'est donc à bon droit que l'offre de la société Vanguard est retenue pour un prix de 3.861.320,92 €.

3. L'article 3 a) des clauses administratives du cahier spécial des charges précise que «chaque soumissionnaire propose un coût unitaire relatif à la reprise du linge plat et des vêtements de travail de chaque institution. Ce coût sera déduit du coût général du marché».

La proposition d'un coût unitaire n'est pas autrement spécifiée. Le cahier spécial des charges vise «un» coût unitaire. Le kilogramme est une unité de mesure.

L'offre de Vanguard Sterima était donc parfaitement valable en ce qu'elle se fonde sur un prix par kilogramme, soit un prix par unité de mesure.

L'offre de la requérante a pu être examinée correctement dès lors qu'elle a pu expliciter un prix par kilo suite à la communication du tableau complété en date du 13 février 2013."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics est libellé comme suit :

- " Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité".

L'article 89 du même arrêté royal, auquel il est fait référence, est libellé comme suit :

- " Le soumissionnaire établit son offre et remplit le métré récapitulatif ou l'inventaire sur le formulaire éventuellement prévu dans le cahier spécial des charges. S'il les établit sur d'autres documents que le formulaire prévu, le soumissionnaire atteste sur chacun de ceux-ci que le document est conforme au modèle prévu dans le cahier spécial des charges.

Les documents sont signés par le soumissionnaire ou par son mandataire. Toutes ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, tant dans l'offre que dans ses annexes, qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, telles que les prix, les délais, les conditions techniques, doivent également être signées par le soumissionnaire ou son mandataire. Les dispositions du présent alinéa ne s'appliquent pas si l'offre et ses annexes sont signées électroniquement".

Par un courrier daté du 19 octobre 2012, la partie adverse a communiqué des informations complémentaires, qu'elle a considérées comme faisant partie intégrante du cahier spécial des charges et dont l'une était libellée comme suit :

" Page 5 : «coût unitaire relatif à la reprise du linge plat et des vêtements de travail de chaque institution». Ce coût sera déduit du coût général du marché. Ceci aussi bien pour le linge plat que pour les vêtements professionnels.

P.U. vêtements de travail

P.U. linge plat tel drap, taie ...

Nous calculerons le coût total quand l'inventaire exact sera connu au moment de l'attribution."

Il ressort de ces précisions, et notamment de la référence à la perspective d'un inventaire, que le prix unitaire devait être proposé par pièce de linge, et non pour l'unité de masse qu'est le kilogramme.

Dès lors que le coût de reprise du linge appartenant à la partie adverse devait être déduit de celui des prestations faisant l'objet du marché, il y a lieu de le considérer comme une composante du prix, au sens de l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de sorte que l'offre qui propose un prix de reprise basé sur une unité autre que la pièce de linge déroge à une prescription essentielle du cahier spécial des charges et est, pour cette raison, affectée de nullité, en vertu de l'article 110, § 2, de ce même arrêté royal.

Il s'ensuit que la partie adverse n'a pas pu, sans méconnaître cette dernière disposition, considérer que l'offre de la société STERIMA-VANGUARD TEXTILE VILLERS-LE-BOUILLET était régulière et en comparer les mérites à ceux des autres offres. Le moyen doit, en conséquence, être déclaré sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

VII. 1. Thèses des parties

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

" Conformément à l'article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993, le Conseil d'Etat doit tenir compte des conséquences probables d'une éventuelle suspension du marché et de l'intérêt public.

Le marché concerne la fourniture de linge pour lequel les contrats actuels prennent fins le 30 juin 2013. Une institution hospitalière ne peut fonctionner sans linge.

Tout retard pris dans l'exécution du marché risque d'avoir des conséquences en termes de fonctionnement de l'hôpital.

Il convient donc de ne pas le suspendre".

A l'audience du 7 juin 2013, la requérante a observé que le marché litigieux devait déjà débiter le 1^{er} janvier 2013, de sorte que le retard que provoquerait une suspension de l'exécution des décisions attaquées ne ferait qu'accroître celui que la partie adverse a elle-même causé. Elle a ajouté que rien n'empêchait la partie adverse de faire usage des prérogatives qui sont les siennes, de manière à prolonger l'exécution du marché actuellement en cours.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse reste en défaut d'identifier les conséquences d'un retard dans l'exécution du marché, dont elle fait état.

Elle n'établit pas que les conséquences négatives de la suspension qui serait prononcée dans ces conditions puissent l'emporter sur ses avantages et faire obstacle à ce titre à la suspension de l'exécution du premier acte attaqué.

Pour le surplus, en cas de nécessité, il appartiendrait au pouvoir adjudicateur de décider la prolongation de l'exécution du marché d'objet analogue, actuellement en cours d'exécution, et ce, à la faveur de la prérogative que lui reconnaît l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, aux termes duquel "quel que soit le mode de détermination des prix, le pouvoir adjudicateur a le droit d'apporter unilatéralement des modifications au marché initial, pour autant qu'il n'en modifie pas l'objet et moyennant juste compensation, s'il y a lieu".

VIII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite que soit assurée la confidentialité des offres, ainsi que des courriers que lui ont adressés les soumissionnaires suite à la demande de renseignements du 8 février 2013.

Dès lors que la divulgation de ces documents n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme STERIMA-VANGUARD TEXTILE VILLERS-LE-BOUILLET dans la procédure en référé d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 26 mars 2013 par le conseil d'administration de l'association intercommunale sous forme de société coopérative à responsabilité limitée VIVALIA, attribuant à la société anonyme STERIMA - VANGUARD TEXTILE VILLERS-LE-BOUILLET le lot 1 du marché public relatif à la location entretien de vêtements de travail et linge plat des différentes institutions de VIVALIA.

Article 3.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

Les offres des différents soumissionnaires ainsi que leurs réponses au courrier de la partie adverse du 8 février 2013 demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 7.

Les dépens afférents à la requête en intervention et liquidés à la somme de 125 euros sont mis à la charge de la requérante en intervention.

Les dépens sont réservés pour le surplus.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le quatorze juin deux mille treize par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.